

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP150015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

## Urteil vom 23. Dezember 2015

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_ und / oder  
Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 14. April 2015 (FV140044-G)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 2 S. 2)

- " 1. Es sei der Beklagte unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Klägerin CHF 10'000.– nebst Zins zu 5 % seit 12. Dezember 2013 zu leisten.
2. Eventualiter sei der Beklagte unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Klägerin CHF 10'000.– nebst Zins zu 5 % seit 28. Januar 2010 aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung zurückzuerstatten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt. zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 14. April 2015 (Urk. 32 = Urk. 36):**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'800.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'800.– verrechnet.
4. Dem Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung.)
6. (Rechtsmittelbelehrung.)

### **Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 35 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 14. April 2015 (Geschäfts-Nr. FV140044) aufzuheben.
2. Es sei der Berufungsbeklagte unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Berufungsklägerin Fr. 10'000.– nebst Zins zu 5 % seit 12. Dezember 2013 zu zahlen.
3. Eventualiter zu 2. sei der Berufungsbeklagte unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Berufungsklägerin Fr. 10'000.– nebst Zins zu 5 % seit 28. Januar 2010 aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung zurückzuerstatten.
4. Eventualiter sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge inkl. MwSt. zulasten des Berufungsbeklagten."

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Die Parteien waren längere Zeit befreundet. Während dieser Zeit führte der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) regelmässig Aufträge für die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) aus. Am 28. Januar 2010 überwies die Klägerin mit dem auf der Überweisung vermerkten Zahlungsgrund "C.\_\_\_\_\_" den Betrag von Fr. 150'000.– (Urk. 4/8) auf ein Konto des Beklagten bei der Raiffeisenbank in .../TI (Urk. 17 S. 2, Prot. I S. 6).
2. Mit der vorliegenden Klage fordert die Klägerin vom Beklagten von dem von ihr überwiesenen Betrag einen Teilbetrag von Fr. 10'000.– zurück und behält sich vor, den Restbetrag in einem späteren Verfahren einzuklagen (Urk. 2; Prot. I S. 15). Die Klägerin macht geltend, die Parteien hätten konkludent einen Darlehensvertrag geschlossen. Nach entsprechender Mahnung habe sie den Darle-

hensvertrag mit Schreiben vom 3. Dezember 2013 gekündigt und die Rückzahlung des Darlehensbetrags bis 11. Dezember 2013 verlangt. Der Beklagte sei dieser Aufforderung nicht nachgekommen, weshalb er ab 12. Dezember 2013 zudem Verzugszins von 5 % schulde. Im Eventualstandpunkt stützt die Klägerin ihre Forderung auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, da die Zahlung ohne Grund – wegen des Irrtums über das Vorliegen eines Vertrages – erfolgt sei und sie entreichert und der Beklagte ungerechtfertigt bereichert sei (Urk. 2 S. 13–15).

## II.

Mit Eingabe vom 22. Mai 2014 (Urk. 2) erhob die Klägerin Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 36 S. 3 f.). Am 13. April 2015 erliess diese den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 32 = 36). Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 20. Mai 2015 fristgerecht Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (Urk. 35). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–34). Die Klägerin hat fristgerecht den ihr auferlegten Kostenvorschuss geleistet (Urk. 41; Urk. 46). Der Beklagte liess sich nicht vernehmen (Urk. 47; Urk. 50).

## III.

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist ein vollkommenes, ordentliches Rechtsmittel, das die volle Überprüfung des angefochtenen Entscheides in allen Rechts- und Sachfragen zulässt (Reetz/Theiler, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl., Vorbem. zu Art. 308-318 N 3 und 15). Dabei können neue Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). In der Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten

Mängel leidet. Das setzt voraus, dass die Berufungsklägerin die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufsgrund ergeben soll (vgl. dazu BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Den Anforderungen von Art. 311 ZPO ist weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage Genüge getan, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.).

#### IV.

##### 1. Zustandekommen eines Darlehensvertrags

1.1. Die Klägerin behauptete vor Vorinstanz, dass sie mit dem Beklagten einen Darlehensvertrag abgeschlossen habe. Sie führte in diesem Zusammenhang aus, sie und der Beklagte hätten im Januar 2010 über die Gewährung eines Darlehens von Fr. 150'000.– seitens der Klägerin an den Beklagten verhandelt. Im Zuge dieser Verhandlungen habe ihr der Beklagte per E-Mail einen Vertragsentwurf datiert 25. Januar 2010 zugestellt. Sie habe sich entschieden, diesen Vertrag nicht sofort zu unterzeichnen, sondern habe nach Studium desselben noch gewisse Fragen gehabt. Sie habe daher ihrem Bekannten, D.\_\_\_\_\_, am 21. Januar 2010 den Darlehensvertrag per E-Mail weitergeleitet und ihm Fragen gestellt, wobei sie dieses E-Mail an den Beklagten in Kopie gesandt habe (Urk. 17 S. 3). Der erste Entwurf sei in der Folge auch überarbeitet worden, denn mit E-Mail vom 30. Januar 2010 habe der Beklagte ihr eine neue Version des Vertrages zukommen lassen. Der überarbeitete Darlehensvertrag habe sich von der ersten Version in den Punkten Auszahlung, Laufzeit/Kündigung, Sicherheit, Verwendung und bezüglich des letz-

ten Absatzes unterschieden. Die Klägerin habe den schriftlichen Antrag des Beklagten angenommen und ihrer Bank im Hinblick auf das konkludente Zustandekommen des Darlehensvertrages den Auftrag gegeben, am 28. Januar 2010 von ihrem Privatkonto bei der Deutschen Bank die Summe von Fr. 150'000.– (resp. EUR 102'214.65 zum damaligen Kurs von 1.4675) auf das Konto des Beklagten bei der Raiffeisen-Bank in ... zu überweisen. Es sei kein schriftlicher Darlehensvertrag auffindbar, die Klägerin habe die Zahlung aber in jedem Fall aufgrund des ihr vorgelegenen schriftlichen Darlehensvertrages auslösen lassen. Als Zahlungsgrund habe die Klägerin angegeben "C.\_\_\_\_", was inhaltlich exakt dem in der ersten Version des schriftlichen Darlehensvertrages erwähnten Verwendungszweck entspreche. Die inhaltliche Übereinstimmung der Bezeichnung des Zahlungsgrundes der Überweisung und des Verwendungszweckes des Darlehens sowie der gleiche Betrag, welcher überwiesen und im Darlehensvertrag genannt worden sei, würden deutlich darlegen, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten ein konkludent geschlossener Darlehensvertrag bestanden habe, welcher exakt dem Inhalt des ihr schriftlich vorgelegten Vertrages entsprochen habe (Urk. 2 S. 3 ff.). Der Beklagte habe am 9. Februar 2010, zwölf Tage nach Erhalt der Darlehenssumme, eine neue Aktiengesellschaft, die E.\_\_\_\_ AG mit Sitz in ..., und am 18. Februar 2010 eine Zweigniederlassung in ... gegründet (Urk. 17 S. 6 und Urk. 18/19+20).

1.2. Der Beklagte bestritt demgegenüber vor Vorinstanz, dass zwischen ihm und der Klägerin ein Darlehensvertrag – auch ein konkludent geschlossener – existiere (Urk. 10 S. 5; Prot. I S. 12). Er führte vor Vorinstanz aus, es habe zwischen der Klägerin und ihm nie eine Besprechung bezüglich eines Darlehens gegeben und folglich habe er der Klägerin auch weder den schriftlichen Darlehensvertrag, datiert 25. Januar 2010, noch eine überarbeitete Version desselben unterbreitet. Die von der Klägerin als Beilage eingereichte E-Mail stamme nicht von ihm. Auch D.\_\_\_\_ wisse davon nichts. Es habe nie einen schriftlichen Antrag für ein Darlehen gegeben, weshalb die Klägerin auch keinen solchen habe annehmen können. Ferner machte er geltend, dass die Ausführungen zur Gründung der E.\_\_\_\_ AG und der Zweigniederlassung zwar korrekt seien, doch habe die Überweisung nichts mit diesen Gründungen zu tun. Er wisse nicht, wie die Klägerin auf den an-

gegebenen Zahlungsgrund gekommen sei. Er habe den entsprechenden Vermerk auf der Gutschriftenanzeige nicht bemerkt (Prot. I S. 15, 17–18). Zum Rechtsgrund für die Überweisung führt der Beklagte aus, es handle sich dabei um eine zwischen den Parteien anlässlich einer Geschäftssitzung im Hotel F.\_\_\_\_\_ in ... vereinbarte Pauschalzahlung, mit der längst überfällige Zahlungen aufgelaufener Ausstände der vergangenen Jahre getilgt worden seien (Urk. 10 S. 9).

1.3. Die Vorinstanz prüfte zunächst das Zustandekommen eines Darlehensvertrages und hat einen solchen Vertragsschluss verneint. Die Prüfung erfolgte gestützt auf die teilweise bestrittenen Tatsachenbehauptungen der Klägerin (vgl. Urk. 36 S. 11). In einem zweiten Schritt wurde das Vorliegen eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung geprüft und ebenfalls verneint, weshalb die Klage abgewiesen wurde.

1.4. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz das Zustandekommen eines Darlehensvertrags zu Unrecht verneint habe. So habe das Bundesgericht in BGE 83 II 209 festgehalten, dass je nach Umständen die Tatsache alleine, einen Geldbetrag zu erhalten, ein genügendes Indiz für die Existenz eines Darlehensvertrags und entsprechend für die Rückerstattungspflicht darstelle. Dieses Indiz sei namentlich dann als genügend zu betrachten, wenn sich die Hingabe des Betrages in den Augen des Richters vernünftigerweise nur mit einem Darlehen erklären lasse. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei im Entscheid 5C.199/2001 vom 29. November 2001 bestätigt worden (Urk. 35 Rz. 7 f.). Die Würdigung der vor Vorinstanz geschilderten Ereignisse, insbesondere der Umstand, dass am 28. Januar 2010 die Überweisung des Betrags von Fr. 150'000.– auf ein Konto des Beklagten erfolgt sei, wobei der Zahlungsgrund in der Überweisung ("C.\_\_\_\_\_") und der Verwendungszweck des Darlehens gemäss Vertragsentwurf identisch gewesen seien, sowie die Tatsache, dass am 9. Februar 2010 die E.\_\_\_\_\_ AG im Zürcher Handelsregister eingetragen worden sei (vgl. Urk. 18/19), könne im Sinne der zitierten Rechtsprechung nur so verstanden werden, dass zwischen den Parteien ein Darlehensverhältnis i.S.v. Art. 312 OR mit entsprechender Rückerstattungspflicht zulasten des Beklagten begründet worden sei (Urk. 35 Rz 22). Der Tatsachenvortrag der Klägerin sei schlüssig und durch die

genannten Urkunden unterlegt, während der Beklagte ständig neue Gründe präsentiere, wieso der Betrag nicht zurückzuzahlen sei, was gegen die Glaubwürdigkeit seiner Position spreche (Urk. 35 Rz 23).

1.5. Grundsätzlich gilt ein Vertrag als geschlossen, wenn sich die Parteien über die objektiv wesentlichen ("begriffsnotwendigen") Elemente des Geschäfts, die sog. essentialia negotii, geeinigt haben (Zellweger-Gutknecht/Bucher, in: Honnig/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, OR I, 6. Auflage, Basel 2015, N 20 zu Art. 1 OR). Die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte (Art. 1 Abs. 1 OR) kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Die wesentlichen Vertragspunkte beim Darlehensvertrag (Art. 312 OR) bestehen darin, dass sich der Darlehensgeber zur Hingabe der Darlehensvaluta und der Darlehensnehmer zur Rückzahlung derselben verpflichtet.

1.6. Der Bestand eines Vertrages ist wie dessen Inhalt durch Auslegung der Willensäußerungen der Parteien zu bestimmen. Ziel der Vertragsauslegung ist in erster Linie das Feststellen eines übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens (Art. 18 Abs. 1 OR). Steht ein tatsächlicher Konsens fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum. Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht behauptet wird oder unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Die Ermittlung des normativen Konsenses nach dem Vertrauensprinzip ist Rechtsfrage (BGE 135 III 410 E. 3.2 S. 412 f., BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632, je mit Hinweisen).

1.7. Vorliegend hat die Klägerin keinen tatsächlichen Konsens behauptet, weshalb nach dem Gesagten zu prüfen ist, ob aufgrund der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip von einem normativen Konsens über den Abschluss eines Darlehensvertrags auszugehen ist.

1.8. Es ist unbestritten und belegt, dass die Klägerin auf das Konto des Beklagten bei der Raiffeisenbank in .../TI am 28. Januar 2010 einen Betrag von Fr. 150'000.– überwiesen hat, wobei als Zahlungsgrund "C.\_\_\_\_\_" angegeben wurde (Urk. 4/8). Weiter ist unbestritten, dass am 9. Februar 2010 die E.\_\_\_\_\_ AG im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen wurde (Urk. 18/19). Hingegen verkennt die Klägerin in ihrer Argumentation, dass der Beklagte in Abrede gestellt hat, dass es zwischen ihm und der Klägerin je eine Besprechung bezüglich eines Darlehens gegeben habe und dass D.\_\_\_\_\_ etwas davon wisse, sowie, dass der Beklagte der Klägerin im Januar 2010 den Entwurf eines schriftlichen Darlehensvertrags, datiert vom 25. Januar 2010, und am 30. Januar 2010 eine überarbeitete Version desselben zugestellt habe.

1.9. Die Klägerin stützt sich im Zusammenhang mit ihrer Behauptung, wonach ihr der Beklagte den Entwurf eines schriftlichen Darlehensvertrags datiert vom 25. Januar 2010 unterbreitet habe, einzig auf die Kopie des fraglichen Vertragsentwurfs (Urk. 4/3). Diese Urkunde ist für den Beweis der fraglichen Behauptung jedoch nicht zielführend, kann daraus doch überhaupt nichts abgeleitet werden. Weil nicht als erstellt erachtet werden kann, dass der Beklagte der Klägerin diesen Entwurf zugestellt hat, hätte die Vorinstanz sich nicht mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die behauptete und bestrittene Zustellung des Vertragsentwurfs vom Beklagten an die Klägerin als Antrag zu qualifizieren ist (vgl. Urk. 36 S. 9 f.). An dieser Stelle bleibt festzuhalten, dass die Rüge der Klägerin, wonach die Vorinstanz zu Unrecht über die Behauptung, dass sowohl der erste als auch der zweite Darlehensentwurf vom Beklagten stamme, kein Beweisverfahren durchgeführt habe (Urk. 35 S. 13), unbegründet ist. Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Die Parteien haben für bestrittene Behauptungen Beweismittel zu nennen (Art. 55 Abs. 1 ZPO), und zwar muss angegeben werden, mit welchem Beweismittel welche Behauptung bewiesen werden soll (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Vorliegend hat die Klägerin für die Behauptung, dass der Beklagte ihr sowohl den ersten als auch den zweiten Entwurf des Darlehensvertrags unterbreitet habe, lediglich je eine Kopie der fraglichen Vertragsentwürfe als Beweismittel offeriert. Folglich hätten neben der Wür-

digung dieser Urkunden keine weiteren Beweise abgenommen werden können. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung – wie erwähnt – den bestrittenen Tatsachendarstellungen der Klägerin gefolgt ist und damit ohnehin davon ausgegangen ist, dass der Beklagte der Klägerin die beiden Vertragsentwürfe unterbreitet hat.

1.10. Die Bestreitung, dass D.\_\_\_\_\_ von den Verhandlungen über den Darlehensvertrag nichts gewusst habe, wird durch die E-Mail vom 21. Januar 2010 (Urk. 18/18), mit welcher die Klägerin D.\_\_\_\_\_ den ersten Vertragsentwurf zugesandt hat, widerlegt. Mit Bezug auf die Frage des Zustandekommens eines Darlehensvertrags zwischen der Klägerin und dem Beklagten lässt sich aus dieser E-Mail jedoch nichts schliessen. Zwar hat die Klägerin die fragliche E-Mail nicht nur an D.\_\_\_\_\_, sondern ebenfalls an den Beklagten gesandt. Jedoch kann aus der Zusendung des Vertragsentwurfs an den Beklagten nicht geschlossen werden, dass dieser den Entwurf zuvor der Klägerin unterbreitet hat. Auch kann die E-Mail vom 21. Januar 2010 (Urk. 18/18) nicht als Antrag qualifiziert werden. Bezeichnenderweise wird dies von der Klägerin denn auch nicht behauptet. Antrag und Annahme sind empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Willenserklärungen (BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Art. 3 N 10; A. Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009 § 7 N 3). Der Erklärungswille setzt voraus, dass die Erklärung an den intendierten Vertragspartner gerichtet ist (BSK I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Art. 1 N 16). Die E-Mail vom 21. Januar 2010 (Urk. 18/18) richtet sich sowohl von der Anrede ("Guten Tag D'\_\_\_\_\_") als auch vom Inhalt her einzig an D.\_\_\_\_\_. So schildert die Klägerin in der E-Mail, dass sie mit dem Beklagten in Verhandlungen über ein Darlehen sei und um Klärung einiger rechtlicher Fragen ersuche. Bei der fraglichen E-Mail handelt es sich folglich nicht um eine an den Beklagten gerichtete, vertragsrelevante Willenserklärung. Der Beklagte musste nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass ihn eine an D.\_\_\_\_\_ gerichtete Erklärung verpflichten soll. Weil die E-Mail vom 21. Januar 2010 nun in die Entscheidungsfindung miteingeflossen ist, braucht auf die Rüge der Klägerin, wonach die Vorinstanz über die Behauptung, dass die fragliche E-Mail auch dem Beklagten zugegangen ist, zu Unrecht nicht Beweis abgenommen habe (Urk. 35 S. 13), nicht weiter eingegangen zu werden.

1.11. Fest steht folglich einzig, dass die Klägerin auf das Konto des Beklagten bei der Raiffeisenbank in .../TI am 28. Januar 2010 einen Betrag von Fr. 150'000.– überwiesen hat, wobei als Zahlungsgrund "C.\_\_\_\_\_" angegeben wurde (Urk. 4/8). Weil diese Tatsachenvorbringen unbestritten geblieben sind, ist schliesslich die Rüge der Klägerin, wonach die Vorinstanz darüber zu Unrecht keinen Beweis abgenommen habe (Urk. 35 S. 13), von vornherein unbegründet.

1.12. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, kann die Überweisung von Fr. 150'000.– nicht als Realakzept gewertet werden (Urk. 36 S. 10). Selbst wenn argumentiert würde, dass aufgrund der E-Mail der Klägerin an D.\_\_\_\_\_ vom 21. Januar 2010 feststehe, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten Verhandlungen über den Abschluss eines Darlehensvertrags stattgefunden haben, musste der Beklagte gestützt auf das Vertrauensprinzip aus nachfolgenden Gründen nicht davon ausgehen, dass es sich bei der fraglichen Überweisung um die von der Klägerin behauptete Darlehensvaluta gehandelt hat. Zum einen wurde als Zahlungsgrund nicht "Darlehen", sondern nur die Gründung einer neuen Aktiengesellschaft und der Kauf eines Unternehmens erwähnt. Zum andern hat der Beklagte vor Vorinstanz sowohl in seiner schriftlichen Klageantwort vom 30. Juni 2014 als auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 6. Oktober 2014 ausgeführt, es handle sich bei der Überweisung vom 28. Januar 2010 um eine zwischen den Parteien anlässlich einer Geschäftssitzung im Hotel F.\_\_\_\_\_ in ... vereinbarte Pauschalzahlung, mit der längst überfällige Zahlungen aufgelaufener Ausstände der vergangenen Jahre getilgt worden seien, wobei diese Behauptung, wie sogleich zu zeigen sein wird, nicht als blosser Schutzbehauptung zu qualifizieren ist. Da nicht feststeht, dass der Beklagte der Klägerin einen Darlehensentwurf unterbreitet hat, vermögen sodann die von der Klägerin angeführten gesellschaftlichen Vorgänge am Ergebnis, dass die Überweisung nicht als Annahme zu werten ist, nichts zu ändern.

1.13. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der vorstehenden Erwägungen gestützt auf die Überweisung vom 28. Januar 2010 nicht davon ausgegangen werden kann, dass zwischen den Parteien ein Darlehensverhältnis i.S.v.

Art. 312 OR mit entsprechender Rückerstattungspflicht zulasten des Beklagten begründet wurde.

## 2. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

2.1. Die Klägerin machte vor Vorinstanz für den Fall, dass das Zustandekommen eines Darlehensvertrag verneint wird, einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend. Die von ihr vorgenommene Überweisung sei in diesem Fall als Leistung "sine causa" zu werten. Sie sei klar davon ausgegangen, dass durch ihre konkludente Handlung der Darlehensvertrag zustande gekommen sei. Sie habe sich über ihre Schuldpflicht voll und ganz in einem Irrtum befunden, da sie die Überweisung aufgrund des Vertragsentwurfs getätigt habe (Urk. 2 S. 13 ff.). Der vom Beklagten vorgebrachte Grund für die Überweisung, wonach es sich dabei um die Tilgung längst überfälliger Zahlungen der vergangenen Jahre handle, sei durch nichts belegt. Es handle sich um eine reine Schutzbehauptung. Der Beklagte sei für seine Dienste monatlich entschädigt worden, weshalb es keine aufgelaufenen Ausstände der vergangenen Jahre gebe. Ausserdem trete bei jeder Konfrontation des Beklagten mit der Überweisung eine andere Behauptung als Grund für die Überweisung zum Vorschein (Urk. 17 S. 4 f.).

2.2. Der Beklagte führte zum Rechtsgrund für die Überweisung vom 28. Januar 2010 sowohl in seiner schriftlichen Klageantwort vom 30. Juni 2014 als auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 6. Oktober 2014 aus, es handle sich dabei um eine zwischen den Parteien anlässlich einer um den 20. Januar 2010 erfolgten Geschäftssitzung im Hotel F.\_\_\_\_\_ in ... vereinbarte Pauschalzahlung, mit welcher längst überfällige Zahlungen aufgelaufener Ausstände der vergangenen Jahre getilgt worden seien. Anlässlich dieser Sitzung sei die Zahlung im Beisein von D.\_\_\_\_\_ und der Ehefrau des Beklagten besprochen und vereinbart worden und die Klägerin habe sie mit der Überweisung von Fr. 150'000.– beglichen. Mit der Zahlung seien alle seit 2007 aufgelaufenen Ausstände beglichen worden. Die Klägerin habe ihr Einverständnis gegeben, diese zu bezahlen. In der Pauschale enthalten seien etwa Ausstände für durch den Beklagten organisierte Umbauten, bei denen er an durch ihn erzielten Einsparungen beteiligt gewesen sei, sowie Steuersachen und Überprüfungen. Der Beklagte habe beispielsweise eine Woche

lang die Bücher der Klägerin überprüft, weil diese geglaubt habe, um Fr. 100'000.– oder Fr. 150'000.– betrogen worden zu sein. Die Sitzung im Restaurant F.\_\_\_\_\_ habe im Anschluss an eine Sitzung mit G.\_\_\_\_\_ betreffend letztwillige Verfügung stattgefunden (Urk. 10 S. 4, Prot. I S. 10 ff.).

2.3. Für das Bestehen eines Anspruchs der Klägerin gegen den Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung wird vorausgesetzt, dass der Beklagte aus dem Vermögen der Klägerin bereichert ist und die Bereicherung ohne Rechtsgrund erfolgt ist (Art. 62 OR). Vorliegend ist einzig umstritten, ob die Überweisung vom 28. Januar 2010 ohne Rechtsgrund erfolgt ist.

2.4. Die Vorinstanz hat mit Bezug auf den von der Klägerin behaupteten Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zusammengefasst erwogen, die Klägerin habe nicht rechtsgenügend behauptet, dass der vom Beklagten dargelegte Rechtsgrund nicht bestehe und die Zahlung an diesen ohne Rechtsgrund erfolgt sei. Der Beklagte habe einige der enthaltenen Ausstände seit dem Jahre 2007 angeführt (Leistungen für Umbauten, eine Überprüfung der Bücher der Klägerin, Steuersachen) und sei damit seiner sich aus Treu und Glauben ergebenden Mitwirkungspflicht nachgekommen. Es liege in der Natur einer "Pauschalzahlung", dass sie sich nicht mathematisch genau aus Einzelbeträgen zusammensetze. Weiter wurde festgehalten, dass die Klägerin keinerlei Beweise offeriert habe, die den vom Beklagten angeführten Rechtsgrund für die Zahlung ausgeräumt hätten. Wegen der der Klägerin obliegenden Behauptungs- und Beweislast sei daher die Voraussetzung für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht erfüllt. Demzufolge bestehe kein Anspruch der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung (Urk. 36 S. 14 ff.).

2.5. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass sich die Behauptungs- und Beweislast bezüglich der Voraussetzungen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 8 ZGB richteten. Die Klägerin habe auch den negativen Beweis für das Fehlen des Rechtsgrundes zu erbringen, wobei der Beweis des Negativums auch den Beweis dafür umfasse, dass sich das vom Gegner behauptete Positivum nicht verwirklicht habe. Die Regeln von Treu und Glauben würden den Beklagten jedoch verpflichten, am Beweisverfahren mitzuwirken, indem die-

ser den Beweis des Gegenteils anzubieten habe. Die Mitwirkungspflicht führe jedoch nicht zu einer Umkehr der Beweislast, so die Vorinstanz weiter zutreffend (Urk. 36 S. 13 f.).

2.6. Die Klägerin bringt in der Berufung mit Bezug auf die vom Beklagten behauptete Vereinbarung über eine Pauschalzahlung vor, dass die Vorinstanz bei der Ausführung, wonach sich eine Pauschalzahlung per definitionem nicht näher aufschlüsseln lasse, in einen Zirkelschluss ver falle und rein begriffsdogmatisch argumentiere. Wäre effektiv von einer "Pauschalzahlung" auszugehen, entspräche es gemäss allgemeiner Lebenserfahrung dem üblichen Vorgehen, zunächst die Einzelpositionen aufzulisten und sich auf dieser Grundlage auf einen Pauschalbetrag zu einigen, namentlich wenn es um einen Betrag in der vorliegenden Grössenordnung von Fr. 150'000.– gehe. Dem Beklagten, welcher sich auf eine "Pauschalzahlung" berufe, wäre es entsprechend zunächst oblegen, hinreichend konkret darzulegen, wann die behaupteten "Ausstände" in welchem Zusammenhang und auf welcher rechtlichen Grundlage entstanden seien. Entsprechende prozessgenügeliche Vorbringen des Beklagten würden fehlen. Der Beklagte könne denn auch kein einziges Indiz, geschweige denn einen Beweis dafür vorbringen, dass eine solche Vereinbarung betreffend "Pauschalzahlung" zustande gekommen sei. Der von der Vorinstanz erwähnte Umstand, dass der Beklagte "einige" der enthaltenen Ausstände anführe, sei unzureichend, zumal selbst diese Angaben unsubstantiiert seien. Der Beklagte hätte nachweisen müssen, dass sich die Parteien effektiv auf eine "Pauschalzahlung" geeinigt hätten. Die vagen Vorbringen des Beklagten würden den Anforderungen eines Gegenbeweises bei Weitem nicht genügen. Die Nennung von Ort, Zeit sowie angeblich anwesenden Personen genüge dazu nicht (Urk. 35 S. 10 f.).

2.7. Entgegen der Klägerin hat die Vorinstanz das Vorliegen eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung zu Recht verneint und die vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat den von ihm behaupteten Rechtsgrund für die Zahlung genügend substantiiert vorgebracht und ist seiner zuvor angeführten, aus Treu und Glauben erwachsenden Mitwirkungspflicht genügend nachgekommen, indem er betreffend die behauptete Vereinbarung

über eine Pauschalzahlung einige der in dieser Zahlung enthaltenen Ausstände angeführt und zudem Angaben zu Ort, Zeit sowie zu den dabei anwesenden Personen gemacht und ausserdem seine Frau und D.\_\_\_\_\_ als Zeugen angerufen hat (Prot. I S. 11). Von diffusen, unvollständigen und unsubstantiierten Behauptungen des Beklagten kann keine Rede sein. Erneut ist darauf hinzuweisen, dass keine Umkehr der Beweislast stattfindet und der Beklagte nicht den Gegenbeweis zu erbringen hat, sondern die Behauptungs- und Beweislast, um den vom Beklagten behaupteten Rechtsgrund, die geltend gemachte Pauschalzahlung, auszuräumen, der Klägerin obliegt. Es wäre der Klägerin entgegen ihrer Ansicht möglich gewesen, zu den Ausführungen des Beklagten im Einzelnen Stellung zu nehmen und allfällige Beweismittel beizubringen, hat dieser doch konkrete Ausführungen zur behaupteten Einigung über eine Pauschalzahlung von Fr. 150'000.– gemacht, indem er ausgeführt hatte, dass das fragliche Gespräch um den 20. Januar 2010 im Hotel F.\_\_\_\_\_ in ... in Beisein von D.\_\_\_\_\_ und der Ehefrau des Beklagten stattgefunden habe. Die Klägerin hat hingegen die Vereinbarung einer Pauschalzahlung lediglich pauschal bestritten, was – wie mehrfach ausgeführt – nicht ausreichend ist. Nur wenn die Klägerin zu den schlüssigen Vorbringen des Beklagten ihrerseits substantiierte gegenteilige Ausführungen gemacht hätte, hätte der Beklagte seine Tatsachenvorbringen umfassender darlegen müssen. Weil die Klägerin der ihr obliegenden Behauptungs- und Beweislast zur Ausräumung des vom Beklagten behaupteten Rechtsgrundes nicht nachgekommen ist, hat die Vorinstanz das Vorliegen eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung zu Recht verneint.

2.8. Die Kritik der Klägerin am angefochtenen Urteil erweist sich folglich als unbegründet, weshalb die Klage abzuweisen ist.

## V.

1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'750.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Sie ist in Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 106 Abs. 1 ZPO der Klägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Für das Berufungsverfahren hat die Klägerin zufolge ihres Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung

(Art. 106 Abs. 1 ZPO); dem Beklagten erwuchs kein erheblicher Aufwand (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO). Demgemäss sind für das Berufungsverfahren keine Entschädigungen zuzusprechen.

2. Ausgangsgemäss ist auch die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'750.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich mit dem Hinweis, dass er den Entscheid bei der unterzeichnenden Stelle beziehen kann, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. Dezember 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:

kt